

Sonuç Yerine

Kapitalist toplumsal formasyonlar içerisinde bu düzeneğin tanıdığı haklar seti ile (çoğu kez sistemin kendisine karşı) mücadele edenler sınıf ekseninde toplumsal eşitsizliklerden zarar görenler lehine talepler ürettiklerinde, anayasallaşmış (toplumsal konuma dayalı) kolektif haklar dizini öne çıkar. Neoliberal söylemin öne çıktığı süreçte burjuvazinin organik entelektüellerinin bu haklar dizinine karşı takındığı durum tesadüfi değildir. Sınıf dengelerinde burjuvazi lehine ortaya çıkabilecek herhangi bir değişim, diğerleri arasında, kolektif hakların anayasal statüsüne ve formülasyonuna yapılacak saldırıları ön gerektirir. Verili bir ülkedeki anayasal korumanın, bir başka deyişle toplum(sal sınıflar) adına piyasa düzenine karşı talepler geliştirebilme kapasitesinin düzeyi her dönemde hem değer-biçim dışındaki alanlarda tanınan bireysel haklar (ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü) hem de kolektif haklar düzleminde girişilecek mücadelelerle belirlenir.

Kolektif hak mücadeleleri ile değer-biçim dışındaki alanlarda tanınan bireysel haklar mücadeleleri arasında karşılıklı bağımlılık/etkililik ilişkisi vardır. Burjuva hukukunun “biçimsellik”, “evrensellik” ve “tutarlılık” ilkeleleri, değer-biçim dışındaki alanlarda tanınan bireysel hakları, sınıf ilişkilerini altta kalanlar lehine değiştirebilecek imkânlarla donatabilir. Belirtilen alanlardaki bireysel haklar mücadelesinin kolektif hak mücadeleleri üzerinde doğrudan etkileri bulunmaktadır. Tersten okuduğumuzda da kolektif haklar mücadelesi de değer-biçim dışı alanlardaki bireysel haklar mücadelesini şekillendirir, dönüştürür ve besler. Kolektif haklar mücadelesi değer-biçim dışındaki bireysel haklar alanındaki mücadeleye ilgisiz değildir.

Küresel ve Yerel Sınıfların Hak Mücadeleleri
c.I , Neta Bana, Ankara, 2011

Haklar Mücadelesinde Bir Direnç Mevzisi Olarak Hukuk

*Onur Karahanogullari**

Bireysel veya toplumsal talepler ancak hukuk içinde hakka dönüşür. Hak mücadelesi ise hukuk kavramının içeriğinde var olan özelliklerin vurgulanmasına göre iki farklı anlam kazanabilir.

Hukukun oluşumu, toplumsal ilişkilerden türeyen kurallara iradi müdahale ile gerçekleşir. Toplumsal ilişkilerde mevcut olan düzenliliklerin devlet tarafından söylenmesi, soyut kurallar olarak düzenlenmesi ve bunların arkasına güç konulması, hukuk düzeninin temel kaynağıdır. Ayrıca, devletin toplumsal ilişkilere bastırma veya geliştirme için müdahale etmesinin aracı veya sonucu olarak da hukuk kuralları oluşur. Devletin oluşumuna katkıda bulunduğu ama her halükarda toplumsal ilişkilerden türemiş kuralları iradesinden geçirerek biçimselleştirmesinden *hukuk düzeni* oluşur. Hukuk düzeni toplumsal ilişkilerin hukuksal kurgusudur. Bu işi yapan *devlet*, tek kişilik bir özne değildir. Meclis, bakanlar kurulu, yargı vb. kurumlar ve hatta idari ilişkiler *hukukun söyleyicisi* olarak işlev görürler.

Hukuk düzeninde, her toplumsal aktör ve bunların her tür ilişkisi *hukuksal biçim* alır. Hak, bir hukuk öznesinin diğerinden talebidir. Bu talebin kaynağı, yani hukuk düzenince tanınabilir olması karşı tarafın rızası veya hukuk düzenince kabulüdür (zorlamasıdır). Yalnızca bireyler değil, hukukun söyleyicisi devlet de, çoklu görünümüyle, hukuk düzeninin özneleridir.

* Doçent, A.Ü.SBF.

Bu durumda, hak mücadelesi, hukuk düzeni içinde gerçekleştirilen bir mücadeledir. Toplumsal ilişkilerden türemekle birlikte devlet tarafından söylenerek biçimselleştirilmiş kurallar, bu kurallardan türetilen kavramlar, kategoriler, ilkeler ve kuramlardan yararlanarak yürütülecek bir mücadeledir bu. Diğer hukuk öznesine yöneltilen talebin kabul edilmesi için ya onun rızasıyla oluşturulacak bir hukuksal ilişki ya da hukuk düzeninin zorlamasıyla oluşturulacak bir hukuksal ilişki türetilmeye çalışılacaktır. Gerek bu ilişkiyi kurmak ve gerekse sonuçlarını gerçekleştirebilmek için yine hukuk düzeninin, mahkemeler dâhil, araçlarına başvurulacaktır.

Hukuk kavramının özelliklerinden bir başka yöne de vurgu yapılabilir. Hukukun oluşumu, toplumsal ilişkilerden türeyen kurallara iradi müdahale ile gerçekleşir demiştik. Toplumsal ilişkilerden türeyen kuralların devletçe dolayımlanması uğrağına değil de kuralların toplumsal ilişkilerden türemesi uğrağına vurgu yapalım. *Vurgu yapılması* sözcüklerini kullanıyoruz çünkü hukukun oluşumunun her iki uğrağın da geçilerek gerçekleştiğini kabul ediyoruz. Burada hak mücadelesinin anlamlandırılmasındaki farklılığa değinmek için bu geçici ayrımı yapıyoruz. Uzlaşmaz karşıtlıklara sahip toplumsal öznelerin ilişkilerinden bu nitelikte kurallar türer. Yaşamını sürdürebilmek için emek güçlerinden başka satacak bir şeyi olmayan insanlar ile bunların emek güçlerini birleştirmek zorunda oldukları üretim araçları sahiplerinin kurulan toplumsal ilişkide konumları ve bu ilişkide takip ettikleri çıkar uzlaşmaz biçimde farklıdır. Hukuku söyleyen ve biçimselleştirerek hukuk düzenini kuran devlet bu ilişkilerden türeyen kuralları bir tarafın egemenliğini temel alarak seçer. Ancak son kerte taraflardan birinin egemenliğini kurmaya yarasa da bu seçiş toplumsal öznelerin çatışmasını da yansıttığı için hukuk düzeni bir yığın çatışmalı kural, kavram ve kurumu barındırır. Hukukun bu özelliğine yapılan vurguyla hak, henüz devlet tarafından biçimselleştirilerek hukuk düzenine dâhil edilmese de toplumsal ilişkiden türemiş olan kurallara dayanılarak talep edilebilir.¹ Bu durumda diğer özneler kabul ettirilmeye çalışılan talepler hukuk düzeninin olanaklarından

¹ Engels'e göre Marx, tarihsel üretim biçimine uygun, tarihsel meşrulukları tanımaktadır: "Marx'ın teorik çalışmalarımda, her zaman yalnızca belirli bir toplumun ekonomik koşullarını yansıtmakla kalan hukuk, salt ikinci derecede, arka planda göz önüne alınır. Buna karşılık, ön planda, belirli dönemler için, belirli durumlara ve belirli mülk edinme biçimlerine özgü bulunan... 'tarihsel haklılıklar', 'tarihsel meşruluklar' göz önünde tutulur. ... Emek ürünlerinin başkaları tarafından sahiplenilmesinin ve emeğin sömürülmesinin geçici bir süre için tarihsel meşruluğunu da kabul etmiş olur. Ne var ki Marx, aynı zamanda, bu tarihsel haklılığın günümüzde ortadan kalktığını kanıtlamakla kalmayıp, sömürünün şu veya bu biçimde süregelmesinin artık toplumsal gelişmeyi destekleyecek yerde bu gelişmeyi günbegün daha fazla kösteklediğini ve gide gide daha fazla çatışmalara sürüklediğini de kanıtlar." (Karl Marx, Friedrich Engels *Devlet ve Hukuk Üzerine*, Çev. der. Rona Serozan, May Yayınları, İstanbul, 1977, s. 175).

yararlanılarak dayatılamayacak, toplumsal ilişkilerde olduğu kabul edilen kuraldan dayanak alınarak ve bu kuralın arkasına rıza veya şiddete dayanan bir toplumsal güç konularak dayatılacaktır. Uzlaşmaz karşıtlıklara sahip toplumsal öznelerin birbirlerine yönelik talepleri söz konusu olduğunda artık hukuk düzenine yönelik bir mücadele değil toplumsal düzen değişikliği mücadelesidir hak mücadelesi. Binlerce kişinin çalıştığı, üretimin yönetimi yine ücretlilerce gerçekleştirilen, temel kararların, bir avuç da olsa, yine profesyonellerce alındığı, bir fabrikanın özel mülkiyetinin, oradaki tüm toplumsal ilişkinin kolektifleşmiş olması karşısında talep edilemeyeceği, tüm bu kolektif ilişkilerden yeni bir sahiplik ilişkisine ait hukuk kurallarının türediği söylenebilir.

Bu durumda hak mücadelesi, yeni kuralın hukuk düzeninin parçası olduğunun kabul ettirebilmesine dönüşecektir ki bu da hukuku söyleyen iradenin ele geçirilmesine bağlıdır.² Toplumsal ilişkilerden türeyen kuralların, devletin iradesinden geçmeden hukuk kuralı olarak kabul edilmesi ikili hukuk anlayışını da beraberinde getirir. Egemen sınıfın hukuk düzeninin içinde veya yanı sıra ezilen sınıfın hukuku mevcuttur. Ezilen sınıfın hukukunun eksigi siyasal iktidardır.

Hukukun bu ikinci yorumunda, hak mücadelesi salt siyasal mücadelenin konularından yalnızca biridir ve çoğunlukla da verimli değildir. Çünkü taleplerinizin hukuk düzenince bir hak olarak tanınabilmesi siyasal programın tamamlanmasına bağlı olacaktır.

² Mevzu (devletçe konulmuş, söylenmiş) hukukun yanında toplumsal ilişkilerden türeyen bir hukuk olduğunu kabul eden yaklaşıma bir başka örnek olarak solidarist ve korporatist görüşleriyle liberalizmi ve Marksizmi reddeden Duguit'yi gösterebiliriz. Duguit (1859-1928, Fransız kamu hukukçusu, sosyolojik pozitivizmin kurucusu) hukukun kaynağını egemenin iradesinde değil toplumsal kurulmuşta görmekte; toplumda hukuku yaratanın ise "toplumsal dayanışma" olduğunu saptamaktadır. İnsan, sadece toplum halinde yaşayabildiğine göre; nesnenin doğası gereği, kişiye kendini dayatan davranış kuralına uymak zorundadır. Buna göre birey, toplumsal dayanışmaya zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak ve toplumsal dayanışmayı gerçekleştirip geliştirecek davranışlarda bulunmak zorundadır. Duguit'nin pozitif hukuktan farklı bir anlam verdiği objektif hukuk da bu zorunluluklardan başka bir şey değildir. Toplumsal dayanışmanın gerçekleştirilmesinden doğan davranış kurallarını ifade eden objektif hukuk pozitif hukukun kaynağını oluşturmaktadır. Objektif hukuk, pozitif hukuka kaynaklık ettiği gibi ona uygulama gücünü ve meşruiyetini de verir. Pozitif hukuk ancak objektif hukuk kuralının ifadesi ve uygulayıcısı olduğu oranda meşrudur. İktidara, yönetenlere meşruiyetini veren de objektif hukuku gerçekleştirmek amacını taşımalarıdır.

Fidel Castro, Moncada Kışlası saldırısı nedeniyle yargılanırken Duguit'nin Anayasa Hukuku kitabına göndermede bulunarak savunma yapmıştı. Castro, yaptığı eylemin "hukuka" uygun olduğunu ancak hiçbir mahkemenin bunu saptamaya cesaret edemeyeceğini iddia ederken, Duguit'nin "başkaldırı başarısız olursa, tiranca bir yönetimi devirme girişiminin meşru olduğuna ve devlet güvenliğine karşı bir komplolun bulunmadığına karar vermeye hiçbir mahkemenin cesaret edemeyeceği" saptamasını aktarmaktadır. Castro devletin kurmuş olduğu hukuk düzeni dışındaki bir "hukuka" göndermede bulunarak "yasadışı" eylemini meşrulaştırmaya çalışmış ve Duguit'nin görüşlerini kullanmıştır. Bununla birlikte Duguit, anarşi ve düzensizlikten çekindiği için yönetenlerin işlemlerine objektif hukuka uygunluk karinesi verir; yönetenler bu işlemlere uymalıdır.

Hak mücadelesinin kazanacağı anlam ve içeriğe ilişkin yukarda belirlenmiş olduğumuz iki tarzdan birini seçmek konusunda tercihimiz bulunabileceği gibi özellikle siyasal mücadelenin gelişmişlik düzeyinin yarattığı bir zorlama da söz konusu olabilir. Bir seçim olarak toplumsal ilişkilerden türeyen kuralların devletçe biçimselleştirilmesiyle kurulan hukuk düzeninin içindeki kural, kavram, kategori ve ilkeleri kullanarak hak taleplerini kabul ettirmeye çalışabiliriz veya biçimselleştirilmiş kuralların dışında oluşmuş olduğunu düşündüğümüz hukuk kurallarını taleplerimizin temeli yapmaya çalışırız. Bir seçim olmanın dışında siyasal mücadelenin düzeyi, hak mücadelesinin tarzını ve dolayısıyla seçişimizin doğruluğunu da belirler. Toplumsal öznelerin taleplerinin gerisindeki güçlü siyasal örgütlenme iktidar oluşturabilecek aşamaya gelmişse, toplumsal ilişkilerden türemiş yeni kuralların, mevcut hukuk düzenini değiştirerek hukuksal biçim kazanmaları siyasal programın temel bir unsuru olur. Böyle bir durum söz konusu olmadığında hak mücadelesi, hukuk öznelerinin hukuk düzeninin içinde kaldıkları bir çatışmadır. Siyasal güç ancak mevcut hukuk düzeninin kural ve araçlarını harekete geçirebilecek düzeydedir. Böylesi bir hak mücadelesi, toplumsal ilişkileri dönüştürmeye ve bu dönüşümün yaratacağı yeni kuralların mevcut hukuk düzenine sığmayacak bir içeriğe erişmesine yol açacaktır.

Hangi tarzda yürütülürse yürütülsün, hak mücadelesinin toplumsal ilişkilerle birlikte hukuk düzeninde yaratacağı köklü değişikliğin yeni bir hukuk türü yaratmayacağını söyleyebiliriz. Toplumsal ilişkilerden türeyen kuralların devlet tarafından söylenmesiyle oluşan hukuksal biçim, yeni ilişkilerden kaynağını alacak olsa bile yeni ilişkilerin adıyla anılarak güçlendirilip geliştirilmeyecek toplumsal ilişkilere yabancılaşmış bir düzey olarak devlette birlikte sönüp gidecektir. “Kapitalist hukuk” nitelmesi yapıp bunun yerine “işçi sınıfı hukuku”nu koymak devletin sönümleneceği öngörüsüyle uyumlu değildir. Hukuk, yeni içeriğinin yarattığı etki ile biçimsel olarak dönüşecek toplumsal ilişkilerin dışsal (devlet) baskısına gerek duymadan kendi kendini düzenleyebilmesine koşut olarak ya tamamen yitip gidecek ya da artık hukuk olarak nitelendirilemeyecek yeni bir biçim kazanacaktır.

Hak mücadelesinin hukuka ilişkin değerlendirmemize göre kazanacağı iki anlamından ilkinin, hukuk düzeni içinde haklar yaklaşımını tercih ederek değerlendirme yapacağımız.

Toplumsal yaşamın hukuksal kurgusunda hak, hukuk öznelerinin (kişilerin) diğer hukuk öznelerine yönelik talepleridir. Talebin sonuç doğurabilir olması

yani tanınması, talebin yöneldiği diğer hukuk öznesinin rızasına veya hukuk öznelerinden bağımsız olarak hukuk düzeninin zorlamasına dayanır.

Yeni özneler yaratılabileceği konusunda arayış ve tartışmalar olsa da en klasik biçimiyle hukuk özneleri kişilerdir. Kişi toplulukları da ancak tüzelkişi olarak hukuk öznesi olabilirler. Haklar mücadelesi hukuk için kişiler arası bir mücadeledir. Bu mücadeleyi yürütecekler öncelikle hukuk öznesi olmaya çalışmalıdır. Tek tek insanların hukuk içinde gerçek kişiler ya da kısaca *kişi* olarak tanımlandığını biliyoruz. Bunun dışında kişilerin bir araya gelmesiyle oluşan örgütlenmelerin hukuk öznesi olabilmeleri için hukuksal biçim kazanmaları gerekmektedir. Girişim, grup, topluluk, inisiyatif, mahalle, vb. örgütlenmelerin büyük toplumsal değeri bir yana hukuk içinde özne olma özelliği bulunmamaktadır. Özellikle grup davaları yoluyla bunların da hukuk içinde özne olarak tanınabilecekleri tartışması bulunmakla birlikte bu henüz kurumsallaşmamıştır. Bu durumda yapılması gereken kolektif yapıların tüzelkişilikler olarak örgütlenmesidir.

Toplumsal gerçekliğin hukuk olarak yeniden kurulmasında hukuk öznesi temel birimdir. Yaratmasa da hukuku söyleyen devletin hukuk düzeni içinde tutulabilmesi için onun da hukuk öznesi olarak kurulması gerekir. Bunun biçimi çeşitli hukuk sistemlerinde farklılıklar göstermekle birlikte devletin örgütsel olarak anlaşılması, bunun parçalı olduğunun kabul edilmesi ve bunlara tüzelkişilik tanınması genel olarak kabul edilmektedir. Bu tüzelkişiliklerin bireylerin oluşturduğu tüzelkişilerden farkını anlatmak üzere de bunlar kamu tüzelkişiliği olarak adlandırılmaktadır. Devlet örgütlenmesinin örgütlenmiş şiddet tekeline sahip olması ve sınıfsal işlevi nedeniyle hukuk içinde kişi olarak kurulmasının ve diğer hukuk özneleriyle olan ilişkilerinin hukukla kavranması güçtür. Bu nedenle bu konuyu inceleyen kamu hukuku, mücadelenin hukuku özel hukukla kıyaslandığında daha yeni ve daha az gelişkin bir hukuktur. Hukuk disiplinlerinin ihtiyaçları bir yana bu geç kalmışlık ve gelişmemiş olma kamu hukukunu haklar mücadelesinde etkili bir araca çevirebilmektedir.

Hukuksal ilişkiler, hukuk özneleri arasındaki özgür iradelerle kurulan ilişkilerdir. Bunlar insanlar arasındaki ilişkilerin hukuksal biçim kazanmasından başka bir şey değildir. Çok çeşitli toplumsal ilişkiler hukuksal biçim kazanırken kalıplaştırılır. Kapitalist toplumsal formasyonun hukuksal kurgusunda, tüm ilişkiler eşit ve özgür kişilerin özgür irade uyuşması, sözleşme olarak kalıplaştırılır. Bu durumda bir hukuk öznesinin bir diğerinden talebinin temelini ancak onun iradesini kendi iradesine katabilmesi, yani karşı tarafın rızası oluşturabilir.

Özgür irade uyuşmalarından milyonlarca hukuksal ilişki türer ve bunlar hukukçular tarafından az sayıda kategoriye (tipe) indirgenir. Hukukçu için bu hukuksal ilişkilerden herhangi birini incelemek herhangi birinde uzmanlaşmış olmak mesleki bir tercihtir ve özel bir önem taşımaz. Bununla birlikte, toplumsal ilişkilerin temelini oluşturan, bunların sürmesini sağlayan ve değişmesine neden olan toplumsal ilişki türleri bulunduğunu kabul eden bir yaklaşım, hukuksal kurgu içinde de bu nitelikte bir ilişki arayacaktır. İnsanların üretim araçlarının sahipliğindeki konumuyla belirlenen üretim ve mübadele ilişkilerinin tüm diğer ilişkileri belirlediğini kabul eden bir kuram benimsendiğinde bu ilişkilerin hukuksal kurguda kazandığı biçimlerin incelenmesi öncelik taşıyacaktır. Haklar mücadelesine ilişkin hukuksal inceleme de aynı öncelikle yapılmalıdır.

Kapitalist toplumsal formasyonun hukuksal kurgusunda hakkın kaynağı, bir hukuk öznesinin diğerine/diğerlerine yönelik talebinin karşılanması temeli ancak karşı tarafın rızası, yani sözleşmedir. Öte yandan Devrimler Çağı'nda, haklar bildirgeleri benimsenmiş ve haklar anayasalarda kurallara bağlanmıştır. Bu kurallar da yasalarla içeriklendirilmiştir. Bu kapitalizmin hukuksal kurgusunda bir çelişkidir. Anayasalardaki kuralların sonucu nedir? Bu kurallar, bir hukuk öznesinin diğerine yönelik talebinin karşılanması zorunluluğunu doğurur mu? Kimi konularda hakkın temeli artık tarafların iradesi olmaktan çıkmış ve tüm hukuk öznelerini bağlayan devletçe desteklenen kurallara mı bağlanmıştır? İki durum da geçerlidir. Farklılık hukuk öznelerinin niteliğine ve rollerine göre değişir.

Devletin hukuk öznesi olarak hukuksal ilişkiye girdiği durumlarda, kendisine yönelik taleplerin kabulü bu kamu öznelerinin iradesinden çok anayasadaki kurallarla dayatılmıştır. Buna karşılık devlet dışı hukuk öznelerinin yani üretim ve mübadele ilişkilerinde konumlanan hukuk öznelerinin ilişkileri söz konusu olduğunda bunların birbirlerine yönelik taleplerinin kabulü ilke olarak irade uyuşmasından yani sözleşmeden kaynaklanır; sözleşme dışı bir zorlama istisnadır. Anayasada veya yasalarda sözleşme ilişkisine yönelik sözleşme dışı yükümlülüğün bulunduğu durumlarda bile tarafları bu kurallara uymaya zorlayacak taraflar dışı bir öznenin bulunması gerekir, aksi takdirde bu kuralların bir işlevi ve değeri kalmayacaktır. İşte bu durumda da sözleşmeye dışsal olan kamu öznelerinin işlevleri söz konusu olur. Yani sözleşmeye dıştan getirilen anayasal, yasal kuralların sözleşme taraflarından birinin diğerine yönelik talebinin zorlayıcı kuralı haline gelebilmesi, ancak kamu öznelerinin müdahalesiyle mümkündür.

Hukuksal terimlerle söylersek şahsi, aynı ve fikri haklar eşit ve özgür öznelerin serbest irade ilişkilerinden doğan haklarken, kamu hakları (temel hak ve özgürlükler) bu öznelerin kamu öznelerine yönelik taleplerinden doğan haklardır.

Sözleşme ilişkisinden kaynaklanan haklar söz konusu olduğunda hukuk öznelerinin birbirlerine kabul ettirdikleri taleplerinin düzeyleri ihtiyaçları ve güçleri ile belirlenir. Bu belirlenmeye etki eden unsurlar hukuksal biçim kazanma derecesi düşük ve bu nedenle hukuk düzeni dışında anlaşılması gereken olgulardır. Hukukçular buna *hukuk ötesi* demeyi severler. İşçilerin pazarlık gücünü kırmak için üretim araçları sahiplerince geliştirilen yöntemlerin büyük çoğunluğu hukuksal biçimi olmayan fiili durumlardır. Bunun gibi, ürettikleri değerden alacakları payı yükseltebilmek amacıyla işverenleri zorlamak için geliştirdikleri mücadele yöntemlerinin büyük çoğunluğunun da hukuksal biçimi yoktur. Hatta bunların birçoğu da *hukuk dışıdır*. İşverenin, nisbi artı değeri yükseltmek için geliştirdiği ve uygulamaya çalıştığı işi yoğunlaştırma yöntemlerini hayata geçirdiğinde işçi bunun karşına sözleşmesinden ve sözleşme dışı hukuk kurallarından dayanak alan talepleri (hakları) değil fiili direnişini koyar. Ya da işveren artık işçinin çalışma talebine rıza göstermek istemediğinde yani iş akdine son verdiğinde, sözleşmeden veya sözleşme dışı kurallardan destek alan talepler değil, işyeri işgali, açlık grevi, gösteri vb. direnişle karşı tarafın rızasını elde etmeye çalışmak etkilidir. Sözleşme ilişkisinden kaynaklanan haklar söz konusu olduğunda tanınan hakların içeriği ve düzeyinde hukuksal biçim kazanmamış irade çatışması belirleyicidir. Bu çatışmada, az da olsa devrede olan, hukuksal biçimler aracılığıyla yürütülen bir hak mücadelesinin etki gücü düşük olacaktır.

Sözleşmenin tarafları arasındaki irade çatışmasının hukuk düzeninde hak mücadelesine dönüşmesi, ancak anayasa ve yasalarda yer alan sözleşme dışı kuralların güvencesi olduğu kabul edilen kamu öznesini harekete geçirmek için oluşturulan ve takip edilen taleplerle başlar. Bir tersanede çalışan işçinin hak mücadelesi, gerçekte işverenin iradesinin karşısında koyabildiği bireysel ama daha önemlisi örgütlü gücüdür, bu güçle karşı tarafın iradesini etkilemesidir. Bu ise hukuksal biçimlerin belirleyiciliğinin dolaylı olduğu bir toplumsal ilişkidir. Tersane işçisinin çalışma saatleri, iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda sözleşme dışından kaynaklanan kurallardan gelen bir talep imkânı da vardır. Sözleşme ilişkisinden kaynaklanarak bu imkânları kullanabiliyorsa sorun yoktur, ancak işverenin rızası türetilmemişse, kamu öznesinin devreye

girmesi gerekir, çünkü sözleşme dışı kuralları anayasaya ve yasalara koyarak hakkı tanımak zorunda kalmış veya tanımış olan odur. Bu durumda işçinin mücadelesi hukuksal biçimler kazanmak ve hukuk düzeninin tüm imkânlarını kullanmak zorundadır. Artık sınıf ilişkileri ve mücadelesi daha fazla hukukla ve siyasal alanla (devletle, idari örgütlerle) dolayımlanmış biçimdedir. Bu durum, taleplerini hukuksal biçimler içinde formüle edecek öznenin bu taleplerinin arkasına toplumsal güç yığılması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

Hak mücadelesi bu anlamıyla işçi sınıfı mücadelesinin güçlü bir uğraşı olarak ortaya çıkar. Hukuk düzeni içinde sınıfa ait çok sayıda hukuk öznesinin yürüttüğü üretim araçları sahiplerine ve devlet aygıtına taleplerini kabul ettirebilme, yani hukuk düzeni içinde sonuç doğurma mücadelesi sınıf mücadelesinin kısa veya uzun süreli almak zorunda olduğu bir biçimdir, görünümünden birisidir. Toplumsal gerçekliği açıklamada hukuksal yaklaşım, dolayımlanmış gerçeklik olma özelliğiyle kusurlu olmakla³ birlikte, bu durum sınıf öznelerinin hukuk içinde haklar mücadelesi yürütmesinin mücadelenin uğraklarından biri olma niteliğini değiştirmez.⁴ Sınıfa ait hukuk öznelerinin haklar mücadelesi sınıf mücadelesidir.

Yukarıda belirtmiştik, kapitalist toplumsal formasyonda bir hukuk öznesinin diğerine yönelik talebinin karşılanması ancak karşı tarafın rızasıyla mümkündür ki bunun hukuksal biçimi sözleşmedir. Bununla birlikte, anayasalarda ve yasalarda haklar kurala bağlanmıştır. Bu kapitalizmin hukuksal kurgusunda bir çelişkidir. Hukuk öznelerinin bu hukuk metinlerine dayanan taleplerinin karşılanabilmesi yine talebe rıza gösterilmesi ile olacaksa bunların anayasa ve yasada kurala bağlanmasının etkisi kalmayacaktır. Kimi taleplerde diğer hukuk öznelerinin rızası yapılan sözleşmeler biçiminde ortaya çıkmaz; devletçe güvenceye alınan ortak bir kabule dayanır, yaşam hakkında olduğu gibi, mülkiyette olduğu gibi. Özne her seferinde “yaşama talebimi

³ Engels/Kautsky hukuksal yaklaşımın temel bir kusuru bulunduğunu savunmaktadır. Buna göre, eşitlik, emek ürünlerine sahip olma gibi istekler, hukuksal olarak dile getirilince, ayrıntılı olarak hukuksal kâğıtlara dökülmeye çalışılınca, “içinden çıkılmaz çelişkiler içinde kaybolmakta”dır. Sorunun özüne, yani “üretim tarzının değişmesine hiç ya da yeterince değinilmemekte; konunun ve onun hukuksal ifadesinin dayandığı tarihsel arka plan hesaba katılmamakta ve sadece hukuk duygusuna çağrıda bulunulmaktadır” (Friedrich Engels, Karl Kautsky, “Hukukçular Sosyalizmi (1887)”, in *Din Üzerine*, 2.B., Çev. Kaya Güvenç, Sol Yayınları, Ankara, 1995, s. 252). Bu görüşün yer aldığı yazı, sosyalizm hukukileştirme, bir haklar katalogu olarak ifade etme girişimine bir yanıtı. Prof. Dr. Anton Menger’in, sosyalizmi, hukuk felsefesi açısından ele alıp, “bir iki kısa formüle, insan haklarının 19. yüzyıl için geçerli yeni bastından ibaret ‘sosyalist temel haklar’ a indirmeye çalışması” eleştirilmektedir.

⁴ Siyasal mücadele-hukuk ilişkisi konusunda Evgeny Pashukanis’in “Lenin ve Hukuksal Sorunlar” (1925) yazısına bakılabilir. Evgeny Pashukanis, “Lenin ve Hukuksal Sorunlar”, *Çağımızda Hukuk ve Toplum*, Sayı 26/3, 2008, s. 37-52.

ve bu mal üzerindeki sahiplik iddiamı tanı” diye rıza elde etmeye çalışmaz. Buna karşılık, bir öznenin diğerinin malvarlığından ve emek gücünden veya bunlarla bağlantılı değerlerinden yararlanabilmesi için onun rızasını alması gerekir. Çalışma hakkına ilişkin hukuksal kurgu bunun en iyi örneğidir, aşağıda ele alacağız. Burada barınma hakkı örneğini kullanalım. Anayasada “konut hakkı” kurala bağlanmıştır. Barınma hakkını kullanmak isteyen kişinin talebi, ancak konut sahibinin rızasıyla karşılanabilecek ve sözleşmeden kaynaklanan bir hak olmaktan başka bir anlama sahip olmayacaktır. “Konut hakkı”nın anayasada düzenlenmiş olması, ancak sözleşme ilişkisi ortadan kaldırıldığı veya bu ilişkiye talebin karşılanmasını güvenceye alacak kurallar konulması durumunda anlamlı olacaktır. Ama söz konusu olan kapitalist toplumsal formasyonun anayasasıdır ve aynı zamanda mülkiyet hakkını da ihlal etmemek gerekir. Bu tip hakların anayasada kurala bağlanmasında “destekler, düzenler, gerekli önlemleri alır” gibi devletin düzenleyici rolü belirtilmektedir. Ancak bu sınırlı düzenleme görevi söz konusu taleplerin sözleşme biçimiyle karşılanmasını ortadan kaldırmamaktadır. Bu kurallara dayanarak devletin kişilerin barınma ihtiyacını karşılamak üzere kişisel ihtiyaçlarını ve geçimini sağlayacak gelir kaynağı olmayı aşar sayıda konut sahibi olan kişileri sözleşme yapmaya zorlaması istenebilir. Yasalara kiracıların tahliyesini zorlaştıran hükümlerin konulması da aynı mantığa dayanmaktadır. Ama yine de talebin karşılanmasında sözleşme biçimi değişmeyecektir.

Anayasa ve yasalarla tanınmış hakların kapitalizmin mübadeleye dayanan sözleşme mantığı ile yarattığı çelişki, devletin bir hukuk öznesi olarak ortaya çıkmasıyla farklı bir boyut kazanmıştır. Devletin hukuk öznesi olarak hukuk düzenine dâhil edilmiş birimlerine yöneltile taleplerin karşılanmasında diğer bireylerden farklı olarak devlet özgür değildir. Devlet koyduğu kurallardaki koşulları taşıyan talepleri karşılamak zorundadır, bu zorunluluk devletin hukuk öznelerinin diğer hukuk öznelerine yönelttiği taleplerinin onlar tarafından kabul edilme zorunluluğunun (vergilendirmeyi düşünelim) karşılığıdır. Bu nedenle kamu hukuku öznesi ile diğer hukuk öznelerinin kurduğu ilişkinin temel hukuksal biçimi sözleşme değil statüdür. Kamu hukuku öznesinin bir de kapitalist mübadele ilişkileri içinde üretilen mal ve hizmetlerden bir kısmını üretmeyi üstlenmiş olması, anayasa ve yasalarda kurala bağlanan haklar ile sözleşme ilişkisinde tamamen farklı bir hukuksal biçim yaratmıştır. Devletin hukuk öznesi olarak, yani idareler olarak yer aldığı hukuksal toplumsal ilişkilerin hukuksal görünümü genellikle tek yanlı ilişkidir. Yani sözleşme biçimi değil, idarenin hukuka uygun olduğu önceden

kabul edilen ve sonuç doğurmak için muhatabının kabulünü gerektirmeyen tek yanlı irade açıklamaları olan idari işlemler temel biçimdir. Bunun otoriter bir ilişki olduğu açıktır. Pek çok durumda bu tek yanlı irade açıklamasını önceleyen muhatabın bir talebi bulunur. Ancak bu talep de idarenin irade açıklamasını sözleşmeye çevirmez. Zira idarenin sahip olduğu karar verme gücü, piyasanın hukuksal kurgusundaki özel hukuk kişisinden farklı olarak serbest değildir, hayata, hürriyete ve mülkiyete el atabilme tekeliyle koşut yükümlülükleriyle iradesi sınırlanmıştır. Kamu hukuku öznesinin yükümlülüklerinin hemen hemen tamamı, diğer öznelerin kendisine yönelik hak taleplerine karşılık gelir. Kamu öznesinin toplumsal ilişkilerinin kamu hukuku biçimi baskıcı bir düzenin aracı olarak yorumlanıp derinleştirilebileceği gibi ve devletin hukuksal kurgusunu, kendisine yönelik hak taleplerini karşılamak konusunda serbest olamayan bir kamu hukuku öznesi biçimiyle yaptığı için özgürleştirici bir araç olarak da kullanılabilir. Toplumsal özneler etkin olup hak taleplerini geliştirdikçe devletin tek yanlılık gücü taleplere yanıt vermek zorunluluğu ile demokratikleşecektir. Sorun devletin (idarenin) iradesini belirlemektir. Elbette bu irade nihai olarak egemen sınıfın ihtiyaçları ile belirlenir; bununla birlikte ara duraklarda, var olabilmek için emek gücünden başka satacak şeyi olmayanların taleplerinin dayatılması da mümkündür. Kamu hukuku biçimi, köklü toplumsal dönüşümün temel aracı olamasa da bu dayatmanın biçimidir.

Konutörneğine dönelim, devlet barınma için konutlar üretme işini üstlenmişse, barınma ihtiyacını karşılamak için talepte bulunanlarla mübadele ilişkilerinden farklı koşullarda ilişki kurmak zorundadır. Bunun mübadele ilişkilerinden farklı koşullarda olması gerekir, çünkü kapitalist toplumsal formasyonun temeli ihtiyaçların değişim değeri üreten piyasadan karşılanmasıdır; oysa vergilendiren ve şiddet tekeline sahip devlet piyasanın bir öznesi olamaz. Devlet piyasada üretilen bir mal veya hizmeti üretmeyi üstlenmişse bunu piyasanın temel kurallarından farklılaştırarak yapıyor demektir. “Zorundadır” çünkü herkesin rıza gösterdiği bir kamu gücü kullanmaktadır ve üretimde kullandığı değerlerin kaynağı vergilerdir ve ayrıca devlet hukuksal ilişkilerini, sözleşme anında ve sözleşmeyle oluşturulan kurallarla değil, anayasa ve yasalarla önceden oluşturulan kurallara göre belirler.

Buna göre, devletin toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimini piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağımsız kılarak üstlenmesi, hukuk özneleri için talep edildiğinde karşılanması, sözleşme ilişkisine bağlı olmayan bir haklar alanı açmaktadır.

Mübadele ilişkilerinde, değişim değeri için üretim yapıp mübadele gerçekleştiren hukuk özneleri arasında sözleşme ilişkilerinde, sözleşme yapmanın zorunlu olduğu haller bulunup bulunmadığı tartışması vardır. Örneğin, mahallenin tek fırını parasını verene ekmek satmak zorunda mıdır? “Evet” yanıtı, hukuk sisteminin bir kabulü olmaktan çok kuramsal tartışmadaki pozisyonlardan biridir. Bu görüş, Borçlar Kanunu’nun “Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs” zararı tazmin etmek zorundadır hükmüne (m. 41/II) dayanmaya çalışmaktadır. Mübadele ilişkilerinde ahlak bulunabilirse bu güçlü bir hukuksal konum olabilir.

Bu zayıf ve neredeyse varsayımsal sözleşme yapma zorunluluğu bir yana özel girişimcilerin sözleşme yapmak zorunda olduğu durumlar, devletin iradesine dayanarak kamu hizmeti ürettikleri durumlardır. Devletin piyasanın işleyiş kurallarından bağımsız kılarak üstlendiği kamu hizmetlerini, kendisi bizzat üretmeyip de özel girişimlere ürettirdiği durumlarda özel girişimcilerin kullanıcılarla sözleşme yapmama konusunda özgürlüğü yoktur. Bu durum salt piyasa üretimi ile karıştırılmamalıdır.

Devletin kurucu olarak dâhil olmadığı sadece düzenleyici olarak karıştığı veya hiç karışmadığı mübadele ilişkilerinde özgür irade uyuşması, sözleşme temel biçimdir. Haklar, ancak her hukuk öznesinin rızasıyla mevcut olan akdi bir ilişkiden türer.

Bu hukuksal biçim farklılığını anayasada düzenlenmiş çalışma hakkı örneğiyle açıklayalım. Anayasanın “Çalışma hakkı ve ödevi” başlıklı 49. maddesine göre, “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.” Kişiye hak verilmiş, devlete de görev yüklenmiştir. “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır”. Üretim araçlarına sahip olmayanların çalışmak için üretim araçlarına sahip olanlara emek güçlerini satmaları gerekir. Ne işçiler ne de kapitalistler bu ilişkiyi kurmak için sözleşme yapmaya zorlanabilir.⁵ Çalışma hakkından hemen

⁵ Marx, birbirleriyle örtüşmeleri her zaman için mümkün olmayan, hukuksal varoluş ile gerçek varoluş (*l'existence réelle*) arasında bir ayrım yapmaktadır. Bu ayrımı, *18 Brumaire*'de (1851), Fransız 1848 Anayasası'ndaki özgürlüklere, bunların uygulanmasına ve bu Anayasanın niteliğine ilişkin değerlendirmelerinde bulabiliriz. Marx'ın değerlendirmesine göre, 1848 Anayasası'nın kurduğu haklar sistemi hem hakları savunanların hem de hakların kısıtlanmasını isteyenlerin isteklerini gerçekleştirebilecek niteliktedir. “Anayasanın her paragrafı kendi karşı-savını da içermektedir.” “Bir yandan temel özgürlükler tanınmakta, Fransız halkının mutlak hakkı ilan edilmekte, öte yandan bunların ancak başkasının eşit

önce, 48. maddede sözleşme ve girişim özgürlüğü düzenlenmiştir. “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” Üretim aracı sahibini, hukuk düzeni emek gücünü satmak isteyenle sözleşme yapmaya zorlayamayacağına göre, işçinin hakkı ancak kapitalist kabul ettiği zaman vardır. Karşı tarafın rızası ile kurulabilecek, yani sözleşmeden doğabilecek bir hak söz konusudur. Kamu hukuku öznesinin, devletin, ilişkiye kurucu olarak müdahale etmesi de mümkün değildir, ona sadece destekleyici önlemler almak görevi verilmiştir. Yaşamak için emek gücünü satmak zorunda olanlar, hukuksal kurguda üretim araçlarının gücüne sahip olanlarla aynı çalışma “hakkı” ve sözleşme özgürlüğüne sahip kılınarak eşitlenmişler ve özgürleştirilmişler. Anayasanın 49. maddesindeki çalışma hakkı gerçek çalışma hakkı değildir. Hamburger firmasının veya bir marketin veya bir fabrikanın personel alım ilanı verdiğini çalışmak isteyenlerin başvurduğunu düşünelim; firmanın ilanda belirttiği nitelikleri taşıyan bir kişi ile kişinin bu niteliklere sahip olduğu firma tarafından kabul edilmiş olsa bile, iş sözleşmesi yapmak zorunluluğu yoktur. Bu zor ancak hukuk dışından, yasadışı değil, örgütlü mücadele ile sağlanabilir.

Anayasada çalışma hakkından söz edilebilecek tek düzenleme “hizmete girme” başlıklı 70. maddede düzenlenen haktır. Buna göre, “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir”. Maddenin ikinci fıkrasında, çalışma talebi yöneltilecek hukuk öznesinin seçim özgürlüğü de kısıtlanmıştır: “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez”. Bu madde, kamu hizmeti üretmekle yükümlü olduğu varsayılan devletin, yani kamu hukuku öznesinin, hizmet üretmek için ihtiyaç duyduğu işgücünü istihdam etmesine ilişkindir. Devlet en büyük işverendir, üreteceği mal ve hizmet, kamu hizmetidir ve üretim için harcayacağı para, toplumsal zenginliğin bir bölümüne kamu gücüyle el konularak elde edilmiş paradır ve bu durumda devlet, kimi çalıştıracağına serbestçe karar veremez. Devletin, ürettikleri zenginliklere el koymasına, kamu düzeni sağlamak amacıyla özgürlüklerine müdahale etmesine ve belli mal ve hizmet üretimlerini üstlenmiş olmasına rıza gösterenlerin devletin işveren olarak yarattığı işlerde çalışmayı hak olarak talep

hakları, kamu güvenliği ve bu hakları düzenleyen yasalarla çatışmadıkları sürece sınırsız oldukları belirtilmektedir. Böylece, anayasanın buyruklarına uygun olarak bu mutlak özgürlükleri, kamu güvenliği 'yani burjuvazinin güvenliği' yararma, burjuvazi dışındaki sınıflara yasaklamak veya polis tuzaklarından başka bir şey olmayan koşullara bağlamak mümkündür.” Bunun içindir ki, “özgürlük sözüne saygı gösterildiği ama onun gerçekleşmesi yasaklandığı sürece, özgürlüğün gerçek varoluşu tamamen yok edilmiş olsa bile anayasal [yani hukuksal] varoluşu dokunulmamış olarak kalmıştır” (Karl Marx, Louis Bonaparte’in 18 Brumaire’i, 2. Baskı, Çev. Sevim Belli, Sol Yayınları, Ankara, 1990, s. 31).

etmesi, gerçek bir çalışma hakkı yaratır. Kamu hukuku öznesi, mal ve hizmet üretiminde çalıştıracağı kişiyi dilediğince seçemez. *Görevin gerektirdiği nitelikte olanları* araması zorunludur. İdare, işgücü ihtiyacını beyan ederek bir personel alım ilanı yapmışsa, talepte bulunanlar arasında görevin gerektirdiği nitelikleri araştırmak ve buna sahip olanları bulduğunda da onlarla hukuksal ilişki kurmak zorundadır; kurmak zorundadır zira idare kararlarının sebeplerini oluşturmada serbest değildir, yükümlü olduğu hizmetin işgücü ihtiyacı ortaya çıkmışsa bunu gidermesi konusunda serbest değildir. Bir idarenin, personel alım ilanına çıktığını düşünelim, bu ilana başvuran ve idarenin yaptığı seçimde de gerekli nitelikleri taşıdığı saptanan kişi ile idare arasında çalışma ilişkisi kurulmak zorundadır. İdare buna razı olmazsa açılacak dava ile idarenin çalıştırmama kararının hukuka uygunluğu denetletilebilir; mahkeme bunun hukuka aykırı olduğuna karar verirse, kararı uygulamak zorunda olan idarenin liyakatini kanıtlamış olan kişiyi ataması veya onunla idari hizmet sözleşmesi yapması gerekecektir. Kamu hizmetlerine girme, yani kamu hukuku öznesine emek gücünü satabilme yani kamuda çalışma hakkı, anayasada siyasal haklar arasında düzenlenmiştir. Toplumsal gerçeklikteki eşitsizlik, üretim araçlarına sahip olma ile buna sahip olmayanlar arasındaki eşitsizlik, hukuksal gerçeklikte bunu hafifletecek bir eşitsizlikle kurulmuştur.

Eğitim hakkı örneği de incelenebilir. Kapitalist toplumsal formasyonda eğitim hakkı, talebinizin piyasadan karşılanmasında özgür olmanızdan başka bir anlama gelmez. Bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmışsa, bunu değişim değeri için üreten bir girişimci de ortaya çıkar. Mübadele ilişkisi ile eğitim hizmetinden yararlanırsınız. Bunun hukuksal biçimi de sözleşmedir. Sözleşme yapma hakkı ve sözleşmeden doğan ve ancak sözleşmeciye karşı ileri sürülebilen bir hak söz konusudur. Burslarla sağlanan ücretsiz eğitim imkânı, mübadele ilişkisini ortadan kaldırmaz, sözleşmeye dayanan bir yararlanma talebi olma özelliği sürer. Eğitimin bir hakka dönüşmesi mübadele ilişkisine devletin müdahalesi ile başlar. Devletin, özel girişimciye talep edenlerle sözleşme yapma zorunluluğu getirmesi veya zorunlu burslar öngörmesi gibi zayıf müdahaleleri sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmasa da dönüştürür. Eğitimin, gereksinim duyanlar için talep edildiği zaman karşılanması zorunlu bir hale gelmesi, yani bir hakka dönüşmesi ancak devletin eğitim hizmeti üreten bir özneye dönüşmesi durumunda mümkündür.

Anayasanın “eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesinin 1. fıkrasında “kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz” kuralı

yer almaktadır. Anayasadaki düzenleme eğitimin piyasadan satın alınması gereken bir mal olduğunu kabul etmektedir. Maddenin VI. fıkrasında özel okullar düzenlenmiş, VIII. fıkrasında da devletin “maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları” yapacağı kurala bağlanmıştır. Eğitimde, hizmetten piyasa ilişkileri dışında yani mübadele dışında yararlanabilme istisna olarak yine aynı maddede düzenlenmiştir: “ilköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve devlet okullarında parasızdır”. İlköğretim hizmetinden devlet okullarında satın alma ilişkisi dışında yararlanmak mümkündür. Talep edildiği zaman karşılanması zorunlu olan, karşı tarafın rızasını satın almak zorunda kalmadığımız bir yararlanma ilişkisi söz konusudur. Bu ilişkinin hukuki biçimi sözleşme değil, kamu hukukunda bir statüye girmektedir.

Çalışma ve eğitim hakkı için yaptığımız değerlendirmeyi sağlık hakkı için de tekrarlayabiliriz. Haklar, piyasa geriletildiği oranda gerçekleşebilir. Salt piyasa ilişkileri içinde hak, sözleşme kurma gücünden ve bu sözleşmelerle talepler üretebilmekten öte bir anlama gelmez.⁶ Toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretim alanlarının, çeşitli yöntemlerle mübadele biçimlerinden kurtarılmasıyla gerçek haklar yaratılabilir. Bu noktada, hukuktan çok, örgütlü mücadeleden kaynaklanan toplumsal güç kullanımı rol oynayabilir. Ancak her kazanım hukuksal biçim kazandırılıp keyfilikten kurtarılacak üzere hukuk düzeni içine yerleştirilmelidir. Hukuk, haklar temelli bu yeni biçimlerle baskıcı niteliğini yitirme yoluna girecektir. Devletin ve hukukun söntülenmesi de herhalde bu anlama gelmektedir.

Devletin kamu hizmetlerinin bir kısmını üretmekten vazgeçmesi ve üretmeyi yükümlendiklerini bizzat üretmeyip özel girişimcilere üretirmesi konusundaki gayretkeşliğinin birçok nedeni vardır. Kamu hizmeti alanına dâhil edilen mal ve hizmet üretimi, özel girişimciler için ele geçirmeye çalıştıkları kârlılık

* 1864 yılında kaleme alınmış olan Uluslararası İşçi Birliği'nin (I. Enternasyonal'in) çağrısında Marx, günlük çalışma süresinin mücadeleler sonunda, yasa ile on saat ile sınırlanmış olmasını değerlendirip; bunun önemini vurgulamaktadır: “Çalışma saatlerinin yasal olarak sınırlandırılmasına ilişkin bu mücadele amansızca şiddetlendi. Çünkü bu mücadele aslında orta sınıfın ekonomi politikasını oluşturan, arz ve talep yasalarının -yani piyasanın- gözü kör egemenliği ile işçi sınıfının ekonomi politikasını oluşturan toplumsal öngörünün denetlediği toplumsal üretim arasındaki -toplumsal öngörü ile kastettiği siyasal alan burada- büyük çekişmeyi etkiliyordu. Böylece 10 saat yasası yalnızca büyük bir pratik başarı olarak kalıyordu, bu bir ilkenin zaferiydi, orta sınıfın ekonomi politikası, işçi sınıfının ekonomi politikasına ilk kez böylece açıkça yenik düşüyordu (Karl Marx, “Uluslararası İşçi Birliğinin Kuruluş Çağrısı”, Marx-Engels, Seçme Yapılar, C. II, I. B., Sol Yayınları, 1977, s. 11-20). Kamu hizmetleri alanı, toplumsal öngörüyle, toplumsal akılla üretimin denetlenebileceğinin, üretimin düzenlenebileceğinin bir kanıtıdır. Piyasaya karşı, siyasal alanına zaferidir. Bu alan şimdi piyasa tarafından yeniden fethediliyor. Belki de 10 saatlik iş gününün rövanşı alınıyor.

alanlarıdır. Sermaye ya bu alanların kendisine devredilmesini veya devletin siyasal kararıyla piyasa ilişkilerinden belli oranda bağımsız kıldığı alandaki üretimi kendisine yaptırmasını ister. Hatta daha çok ikincisini tercih eder. Devletin kamu hizmeti alanında tutmayı sürdürdüğü mal ve hizmet üretimi, devletin vergilerle el koyduğu toplumsal zenginliğin harcandığı alanlardır ve genellikle bu hizmetlerin kullanıcıları zorunlu olarak yararlanırlar ve büyük çoğunlukla da mali yükümlülük benzeri ücretler ödeyerek yararlanırlar hizmetlerden. Bu durumda, özel girişimci için güvenceli kâr söz konusudur. Vatandaş ise, kamu hizmetinin kullanıcısı değil, hizmetin müşterisidir ve kendisine vaad edilen müşteri memnuniyetidir.

Kamu hizmeti alanının özel girişimcilere devredilmesi veya açılması konusunu ele almayacağız, konunun yalnızca haklar konusunda oluşturduğumuz kuramsal çerçeveye açıklanan yönüne değineceğiz.

Sermaye ve görece bağımsızlığı son derece zayıflamış devleti, onun idaresi ve yargısı, üniversitesi, kamu hizmeti alanında yapılan tüm üretimi, bu alanın özel girişimcilerle ilişkisini ve vatandaşların kamu hizmetinden yararlanmasını sözleşme hukukunun ilkeleri ile açıklama çabası içindedir. Hukukun teknik dilini en az kullanarak anlatmaya çalışalım. İdarenin yükümlü olduğu kamu hizmetini özel girişimciye yaptırmasının hukuki biçimini özel hukuk sözleşmesi olarak niteleme, bu sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkları adli yargıya ve tahkime çözdürme; kullanıcıların hizmetten yararlanmasının hukuki biçiminin özel hukuk abonman sözleşmeleri olarak niteleme, kullanıcının ödeyeceği parayı piyasa fiyatı sayma, kullanıcının taleplerini tüketici hakları çerçevesinde değerlendirme, rekabet hukukunu kamu hizmeti alanına uygulama gibi *tercihler* bireyin gerçek hak talebi alanını, sözleşme ilişkisi ile nispileştirme sonucunu doğurmaktadır.

Mahkemeler, temiz içme/evsel suyu bir temel hak olarak değerlendirmek yerine, belediye ile konutta oturanın yaptığı sözleşmeyi basitçe bir özel hukuk abonman sözleşmesi olarak nitelendirerek sözleşme kaynaklı bir şahsi hak olarak değerlendirmektedir. Bu anlayışa göre idarenin toplu taşıma otobüslerinden, trenlerden taşımacılık sözleşmesi ile yararlanılmaktadır. Hizmete ulaşamamaya veya hizmetin içeriğine ilişkin sorun, özel hukuk uyuşmazlıklarını çözen adliye mahkemelerinde yargılanmaktadır. Bu tip hizmetlerden yararlanmanın karşılığı alınacak para maliyet artı kârdan oluşmalıdır, yani bir fiyattır. İdarenin sunabileceği hizmetlerin sınırı rekabet hukukuyla belirlenmelidir. İdare, hizmet üstlenerek özel girişimciye rakip

olmamalıdır. Bu örnekleri çoğaltabiliriz. Bir noktaya dikkat etmeliyiz. Buradaki örnekler, hukuk içinde genel eğilimi vermek için seçilmiştir. Bu genel eğilime aykırı kararlar, hukuki yaklaşımlar da bulunmaktadır. Örneğin, belediyelerin ön ödemeli (kartlı) su sayacını zorunlu tutan kararı kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine aykırı olduğu için iptal edilmiştir. Mahkemelerin ulaşım zammına ilişkin kararları iptal ettiği görülmektedir. Hatta güvencesi ve maddi imkânı olmadığı için başkasının kamu sağlık güvencesini kullanarak doğum yapan kişinin yargılandığı davada zorunluluk hali kavramı kullanılarak beraat kararı verilmiştir. Bununla birlikte bu tip sıra dışı kararlar hukuksal paradigmada henüz bir değişim yaratacak yaygınlıkta değildir.

8.1.2002 tarih ve 4736 sayılı yasa ile idarelerin, sundukları tüm hizmetlerin paralı olması ve indirimli hizmet sunulmaması kuralı getirilmiştir. Tüm kamu hizmetlerinin paralı hale getirilmesini zorunlu kılan bu yasaya göre, idarece “üretilen mal ve hizmet bedellerinde işletmecilik gereği yapılması gereken ticarî indirimler hariç herhangi bir kişi veya kuruma ücretsiz veya indirimli tarife uygulanmaz.” Sadece toplu taşıma hizmetlerinde “malûl, yaşlı, öğrenci ve basın kimlik kartı sahiplerine” indirim uygulanabilir. Kanuna göre, idare hizmetlerini satmak zorundadır, bu satışta asla sosyal amaçlı indirim yapılamaz, ancak ticari indirim yapılabilir. Ticari indirim denilince akla toptan alımlarda indirim yapılması gelmektedir. Yine bu kanundan çıkan bir sonuç, idarenin mal ve hizmetten yararlananlardan isteyeceği paranın ticari olarak hesaplanmasının zorunlu olmasıdır.

Devlet, vatandaşla olan ilişkisini, mübadele ilişkilerinin hukukuna özel hukuka taşımak için özel bir çaba sarf etmektedir. Bununla sermayenin sağlayacağı yarar, kamu hizmetleri alanının kendisi için kârlılık alanına dönüştürülmesidir. Bireylerin siyasal alan dolayımıyla elde edeceği özgürlük, piyasanın sözleşme kurma özgürlüğüne dönüşmektedir. Kamu hizmetleri alanının iktisadi ilişkileri mübadele kurallarına tabi olduğu, hukuki biçimi özelleştiği oranda haklar mücadelesi bir tüketici hakları mücadelesine, sözleşme özgürlüğü ve sözleşme güvenliği mücadelesine dönüşmektedir.

Tekrarlayarak bitirelim, haklar, piyasa geriletildiği oranda gerçekleşebilir. Salt piyasa ilişkileri içinde hak, sözleşme kurma gücünden ve bu sözleşmelerle talepler üretebilmekten öte bir anlama gelmez. Toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretim alanlarının kamulaştırılması ile gerçek haklar yaratılabilir.